

Unternehmen in Privatrechtsform Art. 92

(1) ¹Gemeindliche Unternehmen in Privatrechtsform und gemeindliche Beteiligungen an Unternehmen in Privatrechtsform sind nur zulässig, wenn

1. im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung sichergestellt ist, dass das Unternehmen den öffentlichen Zweck gemäß Art. 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 erfüllt,
2. die Gemeinde angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Gremium erhält,
3. die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten, ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird; die Rechtsaufsichtsbehörde kann von der Haftungsbegrenzung befreien.

²Zur Sicherstellung des öffentlichen Zwecks von Gesellschaften mit beschränkter Haftung soll im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung bestimmt werden, dass die Gesellschafterversammlung auch über den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen und über den Abschluss und die Änderung von Unternehmensverträgen beschließt. ³In der Satzung von Aktiengesellschaften soll bestimmt werden, dass zum Erwerb und zur Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen die Zustimmung des Aufsichtsrats notwendig ist.

(2) Die Gemeinde darf dem Erwerb von Unternehmen und Beteiligungen durch Unternehmen in Privatrechtsform, an denen sie unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, nur unter entsprechender Anwendung der für sie geltenden Vorschriften zustimmen.

Übersicht

1. Entstehungsgeschichte
2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen (Abs. 1)
 - 2.1 Allgemeines
 - 2.2 Öffentlicher Zweck (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1)
 - 2.3 Angemessener Einfluss (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2)
 - 2.4 Haftungsbegrenzung (Abs. 1 Satz 1 Nr. 3)
3. Erwerb von Unternehmen und Beteiligungen (Abs. 3)
4. Umwandlungsgesetz
5. Exkurs: Privatisierung
 - 5.1 Aufgabenprivatisierung
 - 5.2 Organisationsprivatisierung

Erläuterungen

1. Entstehungsgeschichte

Bei Inkrafttreten der GO war der Regelungsgegenstand noch in Art. 77 GO a.F. enthalten unter der Überschrift „Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen“. Die Auslegungsschwierigkeiten der damaligen Formulierung (vgl. BayVGH in BayVBl 1960, 319 mit krit. Anm. Masson S. 369) wurden durch das Gesetz zur Neuordnung des

kommunalen Haushaltsrechts vom 25. April 1973 (GVBl S. 191; vgl. hierzu LT-Drs. 7/3103 und Vorbemerkung zu Art. 61 GO) weitgehend klargestellt. Wegen Umstellung der Gesetzessystematik erhielt die Regelung nunmehr die Artikelnummer 91. Inhaltlich bestanden die wesentlichen Änderungen darin, dass zum einen auch die Gründung eines wirtschaftlichen Unternehmens in Privatrechtsform der Regelung unterstellt und dass – vor allem – der Vorrang des Eigenbetriebs ausdrücklich normiert wurde. Die Beteiligung oder Gründung war demnach nur zulässig, wenn (zusätzlich zu den Voraussetzungen des Art. 89 Abs. 1 und 2) der öffentliche Zweck nicht ebenso gut durch einen Eigenbetrieb der Gemeinde erfüllt wurde oder erfüllt werden konnte (Art. 91 Abs. 1 Nr. 2 a.F.). Durch das Gesetz zur Änderung kommunalwirtschaftlicher Vorschriften vom 6. August 1986 (GVBl S. 210; LT-Drs. 10/9540) wurde die Überschrift geändert; die Regelung wurde ausgedehnt auch auf nichtwirtschaftliche Unternehmen. Die Betätigung in Privatrechtsform wurde etwas erleichtert, wenn Private an der Erfüllung des öffentlichen Zwecks wesentlich beteiligt werden sollten und die Aufgabe hierfür geeignet war (vgl. Art. 91 Abs. 1 Nr. 2 a.F.). Eine weitere Umgestaltung erfuhr die Vorschrift durch das Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts vom 26. Juli 1995 (GVBl S. 376; LT-Drs. 13/1182). Der bisher geltende Vorrang der öffentlichen Rechtsform wurde aufgehoben. Durch das Gesetz vom 24.7.1998 (vgl. Art. 86 Erl. 1) wurde die Regelung als Art. 92 weitergeführt und insbesondere durch die Sätze 2 und 3 von Absatz 1 und durch Absatz 2 geändert (vgl. hierzu im Einzelnen LT-Drs. 13/10828 S. 21 f.).

2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen (Abs. 1)

2.1 Allgemeines

Absatz 1 unterwirft die Betätigung der Gemeinden in Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts gewissen rechtlichen Beschränkungen, die zu den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 87 hinzukommen. Als Rechtsformen des privaten Rechts kommen in Frage die Personengesellschaften OHG und KG sowie die Kapitalgesellschaften GmbH, AG, KG auf Aktien. Befinden sich sämtliche Gesellschaftsanteile in der Hand der Gemeinde, so spricht man von „**Eigengesellschaft**“, bei einer bloßen Beteiligung von gemischt-wirtschaftlichem Unternehmen. Unter **Beteiligung** ist jeder Erwerb einer Mitgliedschaft an einem Unternehmen zu verstehen, gleichgültig in welchem Umfang und zu welchem Zweck er geschieht; ausgenommen ist der allein der Kapitalanlage dienende Erwerb von Wertpapieren, auch wenn diese formal eine Mitgliedschaft verkörpern (vgl. BayVGh, BayVBl 1960, 319). Für die Beteiligung an einer **Kreditgenossenschaft** gilt die Sonderregelung des Art. 87 Abs. 4 Satz 3. Auf die Art der Beteiligung kommt es im Übrigen nicht an. Die Unterstützung von Industriensiedlungen durch Hingabe von Darlehen, Übernahme von Bürgschaften oder Überlassung von Grundstücken stellt für sich gesehen noch keine Beteiligung an diesen Unternehmen im Sinne von Art. 92 dar; anders wäre die Beurteilung dann, wenn sich die Gemeinde in solchen Fällen etwa einen Anteil am Ertrag des Unternehmens oder ein wirtschaftliches Mitspracherecht einräumen ließe.

Zu den **Beschränkungen** des Absatzes 1 im Einzelnen:

Durch die Gesetzesänderung des Jahres 1995 (vgl. Erl. 1) ist die einzig wesentliche Beschränkung, die bisher für die Gründung von und die Beteiligung an Unternehmen in privater Rechtsform bestand, weggefallen, nämlich der Vorbehalt, „dass der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts, insbesondere durch einen Eigenbetrieb der Gemeinde, erfüllt wird oder erfüllt werden kann . . .“ (Art. 91 Abs. 1 Nr. 2 a.F.). Da der Nachweis besserer Erfüllung durch die private Rechtsform in der Praxis schwer zu führen ist, bildete diese spezielle Subsidiaritätsklausel ein wirksames rechtliches Hindernis für die Betätigung in privater Rechtsform. Diese eigenbetriebsfreundliche Regelung wurde nun durch die eigengesellschaftsfreundliche Regelung abgelöst und hat zu einer starken Verselbständigung von kommunalen Einrichtungen in Formen des Privatrechts geführt wird (vgl. hierzu auch Schoch, DÖV 1993, 377/382 zu der bisher schon eigengesellschaftsfreundlichen Regelung in Nordrhein-Westfalen). Der Vorrang der öffentlichen Rechtsform war bereits vorher abgeschafft worden für kommunale Krankenhäuser (Art. 25 BayKrG) und für Einrichtungen des öffentlichen Personennahverkehrs (Art. 11 BayÖPNVG). Der Gesetzgeber sah in der jetzt vollzogenen Öffnung der Kommunalgesetze hin zu einer Wahlfreiheit zwischen öffentlicher und privater Rechtsform auch einen Beitrag zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung (vgl. Amtliche Begründung in LT-Drs. 13/1182 S. 9). Diese Einschätzung mag punktuell für den Augenblick der Entscheidung über die Rechtsform zutreffen, kaum aber für die damit längerfristig verbundene Tendenz der Zunahme der Organisationsprivatisierung (vgl. hierzu unten Erl. 5.2) kommunaler Einrichtungen. Die zitierte Amtliche Begründung lässt zudem nicht erkennen, dass der Gesetzgeber mit der Streichung des Vorrangs des Eigenbetriebs einen ganz entscheidenden Schritt in Richtung Privatisierung getan und damit insoweit eine diametral andere Richtung eingeschlagen hat, als er sie noch bei Einführung des Vorrangs im Jahr 1973 für sachgerecht hielt. Damals hieß es noch, die Gründung von Eigengesellschaften schädige die kommunale Selbstverwaltung, weil die Gemeinde Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten verliere, sie sich ihrer kommunalpolitischen Verantwortung entziehe, die Entscheidungen über lebensnotwendige Bedürfnisse nicht mehr transparent und kontrollierbar seien, die staatliche Rechtsaufsichtsbehörde kaum noch ihrer Überwachungsfunktion gerecht werden könne und Gemeinderat, Bürger und Presse ihre demokratischen Rechte nicht mehr wahrnehmen könnten (vgl. LT-Drs. 7/3103 S. 40). Da nicht ersichtlich ist, inwieweit diese Gründe im Jahre 1995 an Bedeutung verloren haben, kommt es eher einem verbalen Feigenblatt gleich, nunmehr die Abschaffung des Eigenbetriebsvorrangs als Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung auszugeben.

2.2 Öffentlicher Zweck (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1)

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Frage des „Ob“ der Errichtung eines Unternehmens überhaupt allgemein – und damit auch für Unternehmen in Privatrechtsform – in Art. 87 Abs. 1 bzw. für Betei-

lungen in Art. 87 Abs. 3 geregelt ist. Art. 92 kommt also erst zum Zuge, wenn die Prüfung nach Art. 87 positiv durchlaufen ist. Im Übrigen gilt:

Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks muss auch rechtlich abgesichert sein durch eine ausdrückliche Klausel im Gesellschaftsvertrag (OHG, KG, GmbH) oder in der Satzung (AG). Diese Absicherung wird in der Regel unter der Rubrik „Gegenstand des Unternehmens“ erfolgen, wobei der verfolgte öffentliche Zweck sowie die Mittel zu seiner Erfüllung – kurz, aber aussagekräftig – darzulegen sind.

Durch das Gesetz vom 24.7.1998 (vgl. Erl. 1) wurden in Absatz 1 die Sätze 2 und 3 neu angefügt, um die Sicherstellung des öffentlichen Zwecks auch beim Erwerb von Unternehmen und von Unterbeteiligungen sicherzustellen; die Bindung an den öffentlichen Zweck soll also nicht durch den Erwerb von Unternehmen oder Unterbeteiligungen unterlaufen werden (vgl. dazu und im Folgenden Amtliche Begründung in LT-Drs. 13/10828, S. 21).

Wenn bei der *GmbH* entsprechend Art. 93 Abs. 1 Satz 2 GO die Gesellschafterversammlung über Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen sowie über den Abschluss von Unternehmensverträgen beschließt, ist für den Bürgermeister das Votum, das er in der Gesellschafterversammlung abgibt, regelmäßig keine laufende Angelegenheit im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 1 GO mehr, so dass es einer vorhergehenden Beschlussfassung des Gemeinderates bedarf. Damit ist der Einfluss der Gemeinde gesichert.

Bei der *Aktiengesellschaft* kann die Gemeinde im Wesentlichen durch eine Einflussnahme über die Hauptversammlung und über die Entsendung von Vertretern in den Aufsichtsrat mitgestalten. Allerdings kommt für den Erwerb von Beteiligungen und Unternehmen kraft Bundesrechts (§ 76 Abs. 1 AktG) nur eine Zuständigkeit des Vorstands in Frage. Jedoch können solche Maßnahmen gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG unter einen Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrats gestellt werden (für Unternehmensverträge im Sinne der §§ 291, 292 AktG ist ohnehin gemäß § 293 Abs. 1 AktG die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich). Die Sätze 2 und 3 sind nur als Sollvorschriften ausgestaltet; von ihnen kann z.B. abgewichen werden, wenn die Gemeinde an einem Unternehmen nur geringfügig beteiligt ist. Die Amtliche Begründung (a.a.O.) weist ergänzend darauf hin, dass Regelungen, die die Kompetenzen des Geschäftsführers oder Vorstands einschränken, nur im Innenverhältnis wirksam sind, nicht aber die Vertretungsmacht im Außenverhältnis berühren (§ 37 GmbHG, §§ 82 und 83 Abs. 2 AktG; vgl. LT-Drs. 13/10828 S. 21).

2.3 Angemessener Einfluss der Gemeinde (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2)

Diese Regelung soll die Überwachungs- und Kontrollfunktion und damit den Einfluss des Gemeinderats auf das Unternehmen in Anlehnung an Art. 65 BayHO gewährleisten. Als angemessen ist der Einfluss der Kommune regelmäßig anzusehen, wenn sich der Anteil ihrer Vertreter an der Quote ihrer Beteiligung orientiert. Soweit nach Gesellschaftsrecht zulässig, sollte ein Weisungsrecht begründet werden (vgl.

LT-Drs. 13/1182 S. 9; vgl. auch zum Verhältnis von Kommunalrecht und Gesellschaftsrecht bei Vertretung der Gemeinde in privatrechtlichen Unternehmen Art. 93 mit Erläuterungen).

2.4 Haftungsbegrenzung (Abs. 1 Satz 1 Nr. 3)

Die Haftung der Gemeinde muss auf einen bestimmten Betrag begrenzt sein, um Risiken zu vermeiden, die von der Gemeinde nicht ohne weiteres zu übersehen und zu beeinflussen sind. Die Gemeinde kann sich beteiligen als stiller Gesellschafter mit einer festen Einlage, an einer Aktiengesellschaft, einer GmbH, einer eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, als Kommanditist bei einer KG. Grundsätzlich nicht zulässig ist dagegen die Beteiligung als Gesellschafterin einer OHG oder einer BGB-Gesellschaft, als persönlich haftende Gesellschafterin einer KG oder als Mitglied eines nicht rechtsfähigen Vereins. Unzulässig wäre auch die Vereinbarung unbeschränkter **Nachschusspflichten** bei einer an sich zulässigen Beteiligungsart, da es sich dabei im praktischen Ergebnis um eine Umgehung der Haftungsbeschränkung handeln würde. Eine beschränkte Nachschusspflicht verstößt dagegen nicht gegen Art. 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, wenn der festgelegte Höchstbetrag nicht die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt (Prandl/Zimmermann/Büchner, Erl. 6 zu Art. 92 GO). Die Vereinbarung einer (beschränkten) Nachschusspflicht in einer schuldrechtlichen Nebenabrede oder durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag bzw. dessen nachträgliche Änderung kann nach Art. 72 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. Art. 71 Abs. 2 genehmigungspflichtig sein (auch wenn eine Anzeigepflicht nach Art. 96 nicht besteht; siehe IMS v. 21.9.2009, veröffentlicht unter http://www.stmi.bayern.de/imperia/md/content/stmi/buergerundstaat/kommunen/finanzen/stmi_schreiben.pdf). Die Begründung von Nachschusspflichten kann auch im Hinblick auf das europäische Beihilferecht problematisch werden. Der Abschluss konzernrechtlicher Beherrschungsverträge nach § 291 AktG zwischen der Gemeinde und der von ihr getragenen AG wird im Hinblick auf die nach § 302 AktG gegebene Pflicht zur Verlustübernahme unzulässig sein (vgl. dazu ausführlich Schulz/Wachsmutz/Zwick, Erl. 1.3 zu Art. 93 GO; ebenso Prandl/Zimmermann/Büchner, Erl. 6 zu Art. 93 GO). Sog. Patronatserklärungen sind in der Regel mit Art. 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 vereinbar. Dadurch verpflichtet sich die Gemeinde (als „Patronin“) gegenüber dem Sicherungsnehmer uneingeschränkt, das gemeindliche Unternehmen derart zu leiten und finanziell so auszustatten, dass es zur Erfüllung der Verbindlichkeiten fristgemäß imstande ist. Patronatserklärungen sind aber als kreditähnliche Rechtsgeschäfte nach Art. 72 Abs. 2 genehmigungspflichtig.

Die Bestimmung, wonach die Rechtsaufsichtsbehörde in begründeten Fällen **Ausnahmen** zulassen kann, bezweckt nach den Verhandlungen des Rechts- und Verfassungsausschusses des Landtags der Tatsache Rechnung zu tragen, dass zahlreiche Gemeinden an Raiffeisen-Vereinen mit unbeschränkter Haftpflicht beteiligt sind. Sie dürfte nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Die Befreiung hat rechtlich die Wirkung einer Genehmigung; deshalb gilt für die gemeindliche Be-

teilung an einer Gesellschaft ohne Haftungsbeschränkung Art. 117 Abs. 2 GO (Schulz/Wachsmuth/Zwick, Erl. 1.3 zu Art. 93 GO).

3. Erwerb von Unternehmen und Beteiligungen (Abs. 2)

Abs. 2 erhielt seine jetzige Fassung durch das Gesetz vom 24.7.1998 (vgl. Erl. 1). Er enthält Regelungen für den Fall, dass ein Unternehmen in Privatrechtsform, an dem die Gemeinde beteiligt ist, seinerseits andere Unternehmen oder Beteiligungen erwerben will. Während früher (Art. 93 Abs. 1 Satz 2 GO a. F.) lediglich bestimmt war, dass die Vertreter der Kommune in den Organen eines Unternehmens, an dem sie beteiligt ist, einer Unterbeteiligung nur nach vorherigem Beschluss des Gemeinderats zustimmen dürfen, bringt der jetzige Absatz 2 folgende Neuerungen (vgl. hierzu LT-Drs. 13/10828 S. 21/22):

Es wird festgelegt, dass für den Erwerb von Unternehmen und Beteiligungen durch kommunale Unternehmen in Privatrechtsform dieselben Voraussetzungen und Einschränkungen gelten wie für die Gemeinde selbst. Dadurch soll verhindert werden, dass kommunale Unternehmen sich durch die Gründung von Tochterunternehmen den öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, vor allem der Bindung an den öffentlichen Zweck entziehen und wie ausschließlich gewinnorientierte Privatunternehmen am Wettbewerb teilnehmen (vgl. bereits oben Erl. 2.2). Im Unterschied zum Recht anderer Länder ist die Verpflichtung der Gemeinde nicht an eine bestimmte Mindestbeteiligung an dem Unternehmen, das eine Unterbeteiligung eingehen will, gebunden. Kann die Gemeinde – weil sie nur eine Minderheitsbeteiligung besitzt – eine beabsichtigte, ihren Verpflichtungen zuwiderlaufende Unterbeteiligung nicht verhindern, muss sie ggf. die Konsequenzen ziehen und ihre Beteiligung aufgeben. Vorher muss jedoch geprüft werden, ob die Unterbeteiligung nicht eine Änderung des Unternehmensgegenstandes oder sogar des Gesellschaftszwecks darstellt, die nur mit entsprechenden Mehrheiten von der Gesellschafterversammlung bzw. der Hauptversammlung beschlossen werden kann.

Welches kommunale Organ für die Zustimmung nach Absatz 2 zuständig ist, richtet sich nach den allgemeinen Kriterien (vgl. Art. 37 mit Erläuterungen). Normadressat des Absatzes 2 ist im Übrigen die Gemeinde selbst, nicht ihr Vertreter im Unternehmen. Ob der Vertreter an die Entscheidung der Gemeinde gebunden ist, richtet sich nach seiner Funktion im Unternehmen und den diesbezüglichen Vorschriften des einschlägigen Gesellschaftsrechts. Im Übrigen ist zu beachten, dass der Erwerb von Unternehmen und Beteiligungen nach Absatz 1 Sätze 2 und 3 der Gesellschafterversammlung vorbehalten werden bzw. der Zustimmung des Aufsichtsrats unterliegen soll (vgl. oben Erl. 2.2).

Beim Erwerb von Unterbeteiligungen in der dritten Ebene, also durch sog. *Enkelunternehmen* der Gemeinde, wird die Tochtergesellschaft der Gemeinde als Gesellschafterin des Enkelunternehmens durch den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft vertreten. Die Sicherung des gemeindlichen Einflusses kann letztlich nur durch eine zusätzliche Bindung des Geschäftsführers erfolgen (im Gesellschaftsvertrag oder in der Gesellschaftssatzung bzw. durch eine (dienst-)ver-

tragliche Regelung); freilich wirkt diese Bindung nur im Innenverhältnis (siehe z.B. § 37 Abs. 2 GmbHG; vgl. zur Problematik GK Bay 2000 Rdnr. 218; ferner etwa Schulz/Wachsmuth/Zwick, Erl. 2 f. zu Art. 93 GO).

4. Umwandlungsgesetz

Will die Gemeinde ein Unternehmen des öffentlichen Rechts (Regie-, Eigenbetrieb, Kommunalunternehmen) in ein Unternehmen in Privatrechtsform umwandeln, kommen die zivilrechtlichen Vorschriften des Umwandlungsgesetzes zur Anwendung (§§ 168 ff. UmwG; siehe dazu im Einzelnen Schulz/Wachsmuth/Zwick, Erl. 4 zur Art. 93 GO; ferner etwa Pauli, BayVBl 2008, 325 zur Umwandlung von Kommunalunternehmen; Prandl/Zimmermann/Büchner, Erl. 1 zu Art. 93 GO m.w.N.).

5. Exkurs: Privatisierung

Das Thema „Privatisierung von Verwaltungsaufgaben“ wird in gewissen zeitlichen Abständen immer wieder aufs Neue diskutiert. So war ein gewisser Schwerpunkt Ende der 70er Jahre feststellbar (vgl. etwa Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980; Stober, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, NJW 1984, 449; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984; ders., Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen; Ossenbühl/Gallwas, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 – 1971 – 137/211; Wais, Entlastung öffentlicher Haushalte durch Privatisierung, DÖV 1982, 181; von Mutius, Privatisierung als öffentliche Aufgabe der Gemeinden, JUS 1976, 655; Grabbe, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, 1979).

Die Diskussion ist Anfang der 90er Jahre vor allem vor dem Hintergrund knapper öffentlicher Kassen neu entbrannt und hat ihren Niederschlag auch in der Änderung des Art. 91 im Jahre 1995 gefunden (vgl. aus dem zahlreichen Schrifttum insbesondere: Schoch, Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1993, 377; ders., Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, DVBl 1994, 1 sowie DVBl 1994, 962; Lecheler, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, BayVBl 1994, 555; Erbguth/Stollmann, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte – Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform, DÖV 1993, 798; Hofmann, Privatisierung kommunaler Verwaltungsaufgaben – Rechtliche Rahmenbedingungen am Beispiel Baden-Württembergs, VBIBW 1994, 121; Schoepke, Zur Problematik der Gesellschaftsform für kommunale Unternehmen, VBIBW 1994, 81; ders., Zur Rechtsformfrage bei der Organisation der Abfallentsorgung, VBIBW 1995, 417; Süß, Eigenbetrieb oder Gesellschaft? Überlegungen zur Organisationsform kommunaler Wirtschaftstätigkeit, BayVBl 1986, 257; vgl. auch Tagungsbericht von Dimberger über die VVDStL in BayVBl 1995, 524; Henneke über das Professorengespräch des Deutschen Landkreistages, DVBl 1994, 1229; Heuer, Privatwirtschaftliche Wege und Modelle zu einem modernen [anderen] Staat, DÖV 1995, 85; Weyreuther, Privatisierung zwischen öffentlichem und privatem

Recht, in: Brennpunkte des Verwaltungsrechts 1995, Veröffentlichung des Deutschen Anwaltinstituts, Bochum 1995; Lüder, „Triumph des Marktes im öffentlichen Sektor?“, DÖV 1996, 93; vgl. aus jüngerer Zeit ferner die Nachweise bei Grziwotz, BayVBl 2006, 357; Meiski, NVwZ 2007, 1355, 1356; Pauli, BayVBl 2008, 325).

Bei der Diskussion um die Privatisierung sind insbesondere folgende Modelle zu unterscheiden:

5.1 Aufgabenprivatisierung

Hierunter versteht man eine echte Aufgabenverlagerung auf Private mit der Folge, dass die Gemeinde sich aus der Aufgabenerfüllung völlig zurückzieht und sowohl das Ob als auch das Wie der Erledigung dieser Aufgabe Privaten überlässt. Diese **materielle Privatisierung** ist nicht zulässig im Rahmen der eigentlichen Pflichtaufgaben des eigenen Wirkungskreises (vgl. hierzu Art. 57 Erl. 1.3); sie scheidet im übertragenen Wirkungskreis regelmäßig aus, es sei denn, das die Aufgabe jeweils regelnde Gesetz räumt insoweit eine Wahlfreiheit ausdrücklich ein. Auch im Kernbereich der hoheitlichen Verwaltung scheidet eine materielle Privatisierung regelmäßig an der verfassungsrechtlichen Schranke des Art. 33 Abs. 4 GG. Das Motiv für die materielle Privatisierung ist meist sowohl ordnungspolitischer Art (Verkleinerung der „Staatsquote“; so viel private Initiative wie möglich, so viel „Staat“ als – unbedingt – nötig) als auch finanzpolitischer Art (Entlastung des kommunalen Haushalts). Art. 87 GO enthält insoweit eine Tendenz zur materiellen Privatisierung, als die Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen dann nicht errichten soll, wenn der Zweck ebenso gut durch einen Privaten erfüllt werden kann (vgl. hierzu Erl. 2.5 zu Art. 87). Aufgrund der **Privatisierungsklausel** in Art. 61 Abs. 2 Satz 2 GO soll die Gemeinde in geeigneten Fällen Aufgaben daraufhin untersuchen, ob sie im Privaten mindestens ebenso gut erledigt werden können (vgl. hierzu Erl. 5 zu Art. 61). Eine materielle Privatisierung liegt noch nicht vor, wenn die Gemeinde Private zur Erledigung einer Aufgabe als sog. **Erfüllungsgehilfen** heranzieht; bei dieser Art von Teilprivatisierung spricht man auch von funktionaler Privatisierung (vgl. hierzu Art. 21 Erl. 2.2).

Von einer sog. **Vermögensprivatisierung** spricht man bei Übertragung von öffentlichem Vermögen in Privathand; sie hat beim Bund und auch bei einzelnen Ländern eine Rolle gespielt, kommt aber bei Kommunen kaum in Betracht.

5.2 Organisationsprivatisierung

Dieses Modell – auch formale Privatisierung genannt – ist Gegenstand der Regelung in Art. 92 und spielt in der gegenwärtigen Diskussion die größte Rolle. Hier entledigt sich die Gemeinde nicht der Aufgabenerfüllung, sie nimmt sie aber nicht in öffentlich-rechtlicher Form wahr (Regie- oder Eigenbetrieb, Kommunalunternehmen nach Art. 89), sondern in einer sog. Eigengesellschaft als GmbH oder AG. Um eine Teilprivatisierung handelt es sich bei einem sog. **gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen**, wenn an der Gesellschaft des privaten Rechts auch Private beteiligt sind.